

ECLI:NL:GHAMS:2019:2604

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	16-07-2019
Datum publicatie	09-10-2020
Zaaknummer	200.253.057/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Geschil tussen bouwmanager en onderaannemer wegens niet tijdig opgeleverde werkzaamheden. Vordering bouwmanager tot betaling voorschot op verschuldigde schade en boete. Matiging boete? Te hoog bedrag aan bouwtermijnen betaald?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.253.057/01 SKG

zaaknummer/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/656725 / KG ZA 18-1190

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 16 juli 2019

inzake

[appellant] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellant,

advocaat: mr. J.F.M. Verheij te Amsterdam,

tegen

[geïntimeerde] ,

wonend te [woonplaats] ,

geïntimeerde,

advocaat: mr. L.R.G.M. Spronken te s-Hertogenbosch.

Partijen worden hierna [appellant] en [geïntimeerde] genoemd.

1 Het verloop van het geding in hoger beroep

[appellant] is bij dagvaarding van 11 januari 2019 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Amsterdam van 20 december 2018, onder bovengenoemd zaaknummer/rolnummer in kort geding gewezen tussen [appellant] als eiser in conventie, verweerder in reconventie en [geïntimeerde] als gedaagde in conventie, eiser in reconventie. De dagvaarding bevat de grieven.

[appellant] heeft vervolgens geconcludeerd overeenkomstig de eis als vervat in voornoemde dagvaarding en producties in het geding gebracht.

[geïntimeerde] heeft daarna een memorie van antwoord, met producties, ingediend.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 4 juni 2019 doen bepleiten, beiden door hun voornoemde advocaat aan de hand van pleitnotities die zij daarbij in het geding hebben gebracht. Bovendien is aan elk van beide partijen akte verleend van het in het geding brengen van nieuwe producties.

Nadat de zaak enkele weken was aangehouden om partijen in de gelegenheid te stellen zich te beraden op de mogelijkheid van mediation, is ten slotte arrest gevraagd.

[appellant] heeft geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal vernietigen en zijn vordering alsnog (geheel) zal toewijzen, met beslissing over de proceskosten, inclusief nakosten en wettelijke rente.

[geïntimeerde] heeft geconcludeerd dat het hof het vonnis waarvan beroep zal bekrachtigen, met beslissing over de proceskosten, inclusief nakosten en wettelijke rente.

2 De feiten

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis waarvan beroep onder 2.1 tot en met 2.12 de feiten opgesomd die hij tot uitgangspunt heeft genomen. Omdat die feiten tussen partijen niet in geschil zijn, zal ook het hof daarvan uitgaan.

3 De beoordeling

3.1. Het gaat in deze zaak, kort samengevat, om het volgende.

(i) [appellant] , handelend onder de naam Woonmodern Bouwgroep Amsterdam, legt zich toe op bouwmanagement en interieurprojecten. Hij neemt onder meer opdrachten aan van particulieren tot verbouwing van hun woningen. Hij werkt met onderaannemers, waaronder Mondo-Advice Building Consultancy B.V. (verder: Mondo), een vennootschap waarvan [geïntimeerde] enig aandeelhouder en bestuurder is.

(ii) Mondo heeft in opdracht van [appellant] in onderaanneming werkzaamheden verricht voor onder meer de volgende projecten:

- de verbouwing van een woning aan de [adres 1] , op te leveren dertien weken na 9 november 2017, aanneemsom 70.000,00;
- de verbouwing van een woning aan de [adres 2] , aanneemsom 85.000,00 te betalen in termijnen gekoppeld aan de voortgang van het werk, op te leveren uiterlijk medio juni 2018, waarbij is overeengekomen dat opleveren na veertien weken wordt beboet met 350,00 per kalenderdag.

(iii) Op beide overeenkomsten hebben [appellant] en Mondo de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en technische installatiewerken (verder: de UAV) van toepassing verklaard. De UAV kennen, voor zover hier van belang, de volgende bepalingen:

§ 46. In gebreke blijven, onvermogen of overlijden van de aannemer

1. Ingeval de aannemer de op hem rustende verplichtingen niet nakomt en de opdrachtgever hem deswege in gebreke stelt, zal de ingebrekestelling schriftelijk geschieden en zal de opdrachtgever de aannemer daarbij een redelijke termijn stellen om alsnog zijn verplichtingen na te komen. Reeds voordat de gestelde termijn is verstreken, is de opdrachtgever in dringende gevallen gerechtigd voor rekening van de aannemer zodanige maatregelen te nemen als hij ten nutte van het werk dienstig oordeelt. Indien de aannemer nalatig blijft zijn verplichtingen na te komen, is de opdrachtgever gerechtigd het werk voor rekening van de aannemer te voltooien of te doen voltooien, onverminderd des opdrachtgevers recht op schadevergoeding.

2. Ingeval de aannemer voor de uitvoering van het werk te weinig personeel of hulpmiddelen () bezigt, waardoor naar het oordeel van de directie ontoelaatbare vertraging in de uitvoering ontstaat, zal de directie de aannemer schriftelijk aanmanen de uitvoering te bespoedigen. Indien de aannemer nalatig blijft, is de directie gerechtigd voor rekening van de aannemer zodanige maatregelen te nemen als zij voor de vlotte totstandkoming van het werk dienstig oordeelt.

(iv) Mondo heeft geen van de projecten opgeleverd binnen de daarvoor overeengekomen termijn.

(v) In verband met de vertraging hebben partijen een aantal afspraken gemaakt, die zijn vastgelegd in een door [geïntimeerde] voor akkoord ondertekende e-mail van 10 juli 2018 van [appellant] . Die afspraken luiden als volgt:

[adres 1] oplevering maandag 16 juli 2018:

De boete clause is je bekend 750,- ex btw per werkweek en de afspraak is dat jij ons bij niet tijdig opleveren 1700,- per dag in privé schuldig bent bij te laat opleveren.

[adres 2] oplevering week 36- 2018 [de eerste week van september, hof]:

Niet nakomen van planning welke wij op resulteert in 1700,- per gebeurtenis. Dit bedrag is [geïntimeerde] in privé verschuldigd aan Woonmodern. Hiernaast blijft de lopende clause tussen Mondo BV en Woonmodern van kracht.

Indien Mondo BV op welke gronden dan ook het werk niet kan of mag afmaken vanwege het niet nakomen van afspraken wordt bij deze afgesproken dat [geïntimeerde] in privé aansprakelijk is voor

de schade die hierdoor wordt geleden bij Woonmodern en opdrachtgever.

(vi) In een brief van 2 augustus 2018 heeft mr. Spronken namens de echtgenote van [geïntimeerde] de hoofdelijke aansprakelijkheid van [geïntimeerde] uit hoofde van de aanvullende afspraken vernietigd met een beroep op het ontbreken van de daarvoor vereiste toestemming op de voet van artikel 1:88 BW.

(vii) Mondo heeft de werkzaamheden (ook) niet opgeleverd op de nader overeengekomen opleverdata.

(viii) Op het werk aan de [adres 1] is tussentijds brand ontstaan, volgens de betrokken verzekeraar waarschijnlijk als gevolg van verkeerd aangebracht isolatiemateriaal dat door verhitting is ontvlamd. Inmiddels is [appellant] door de VvE [adres 1] als hoofdaannemer aansprakelijk gesteld voor de door de brand veroorzaakte schade.

(ix) Het werk op de [adres 2] is tweemaal opgenomen door een deskundige. De eerste keer is dat gebeurd door Bouwdock (ing. [A]), in opdracht van [appellant] . Bouwdock heeft het werk op 22 augustus 2018 in aanwezigheid van [geïntimeerde] en [appellant] geïnspecteerd. In het op 3 september 2018 door Bouwdock opgemaakte rapport staat dat Mondo op die datum voor 27.500,00 aan kosten had gemaakt en dat [appellant] al 54.000,00 aan bouwtermijnen aan Mondo had voldaan. Daarnaast heeft Bouwdock een verzakking en een verkeerd aangelegde betonvloer geconstateerd, waarvan zij de herstelkosten begroot op 15.000,00.

(x) De tweede opname is verricht in het kader van een spoedplaatsopneming van de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Blijkens het proces-verbaal van 12 oktober 2018 was toen alleen het casco en dan nog slechts ten dele gereed. In het proces-verbaal staat ing. [A] genoemd als aanwezig bij de plaatsopneming in zijn hoedanigheid van projectbegeleider bij Woonmodern.

(xi) [appellant] heeft een andere onderaannemer ingeschakeld om het project aan de [adres 2] voorlopig op zijn eigen kosten af te maken. Hij betaalt daarnaast met ingang van augustus 2018 de kosten van de tijdelijke vervangende woonruimte voor zijn opdrachtgever. Die bedragen 2.400,00 per maand.

(xii) Op 30 oktober 2018 heeft [appellant] ten laste van [geïntimeerde] conservatoir beslag gelegd onder de Rabobank, op het appartement van [geïntimeerde] aan de [adres 3] en op een woonhuis aan de [adres 4] . De vordering waarvoor de beslagen zijn gelegd, is door de voorzieningenrechter begroot op 66.400,00.

3.2. [appellant] heeft in eerste aanleg na vermeerdering van eis in conventie gevorderd [geïntimeerde] te veroordelen om bij wijze van voorschot op de verschuldigde schade en boetes aan hem een bedrag van 150.000,00 (met wettelijke rente) te betalen, met beslissing over de proceskosten, inclusief nakosten en wettelijke rente. Hij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat Mondo bij geen van de projecten waaraan hij in opdracht van [appellant] als onderaannemer werkzaamheden heeft verricht de uiterste datum van oplevering heeft gehaald, waardoor [appellant] in de problemen is gekomen met zijn (particuliere) opdrachtgevers (die hun woningen niet kunnen betrekken) en hij schade heeft geleden en lijdt, dat dit onder meer tot nadere afspraken tussen partijen met betrekking tot opleverdata, boetes en schadevergoeding heeft geleid, maar dat Mondo de projecten ook niet op de nieuwe opleverdata heeft afgerond, waardoor zijn schade verder is vergroot en hem het genoemde voorschot op de door [geïntimeerde] verschuldigde schade en boetes toekomt. [geïntimeerde] heeft tegen deze vordering verweer gevoerd en in reconventie opheffing gevorderd van de door [appellant] gelegde conservatoire beslagen onder de Rabobank, op het appartement van [geïntimeerde] aan de [adres 3] en op een woonhuis aan de [adres 4] , met beslissing over de proceskosten, inclusief nakosten en wettelijke rente. Hij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat onvoldoende grond bestaat voor toekenning van enig voorschot als door [appellant] gevorderd omdat hij, [geïntimeerde] , niet persoonlijk aansprakelijk is jegens [appellant] , dat [appellant] geen spoedeisend belang heeft bij zijn

vordering en dat bovendien een groot restitutierisico aan de zijde van [appellant] bestaat. [appellant] heeft tegen deze vordering verweer gevoerd.

- 3.3. De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis in conventie [geïntimeerde] veroordeeld tot betaling aan [appellant] van een bedrag van 59.600,00 en van de proceskosten (met nakosten en wettelijke rente) en het meer of anders gevorderde afgewezen, en in reconventie de gevraagde voorziening geweigerd en [geïntimeerde] veroordeeld in de proceskosten. Tegen deze beslissing alsmede de gronden waarop die beslissing berust komt [appellant] in hoger beroep met een zevental grieven op.
- 3.4. Het hof stelt, evenals de voorzieningenrechter, voorop dat de vordering van [appellant] tot betaling van een voorschot op volgens hem door [geïntimeerde] verschuldigde schadevergoeding en verbeurde boetes een geldvordering betreft en dat met betrekking tot een voorziening in kort geding, bestaande in een veroordeling tot betaling van een geldsom, terughoudendheid op zijn plaats is en dienaangaande naar behoren feiten en omstandigheden moeten worden aangewezen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed geboden is. Daarbij zal de rechter niet alleen dienen te onderzoeken of de vordering van eiser voldoende aannemelijk is, maar ook kort gezegd of een spoedeisend belang bestaat, terwijl hij bij de afweging van de belangen van partijen mede (als een van de voor toewijsbaarheid in aanmerking te nemen factoren) het restitutierisico zal hebben te betrekken. Tegen de wijze waarop de voorzieningenrechter deze uitgangspunten (in rechtsoverweging 5.12 tot en met 5.15) heeft toegepast, zijn geen grieven gericht. Voorts geldt dat ook in hoger beroep nog steeds een spoedeisend belang bestaat.
- 3.5. Met zijn eerste twee grieven betoogt [appellant] dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat de door [geïntimeerde] verschuldigde boete inzake het project aan de [adres 2] voor matiging in aanmerking komt en dat het rapport van Bouwdock vanwege gegronde twijfel met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van ing. [A] voorshands onvoldoende basis biedt om uit te kunnen gaan van het bestaan en de omvang van de op dit rapport gebaseerde vorderingen. Het hof overweegt hieromtrent allereerst dat het betoog dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft overwogen dat de door [geïntimeerde] verschuldigde boete inzake het project [adres 2] voor matiging in aanmerking komt, feitelijke grondslag mist. De voorzieningenrechter heeft zich immers uitsluitend uitgelaten omtrent de al dan niet aannemelijkheid dat de bodemrechter de beweerdelijk door [geïntimeerde] verbeurde boetes inzake het project [adres 1] zal matigen en heeft daarop het door hem bepaalde, door [geïntimeerde] te betalen voorschot van 50.000,00 gebaseerd. Voorts overweegt het hof dat het (de vierde tot en met zevende zin van) rechtsoverweging 5.8 uit het vonnis waarvan beroep betrekking hebbend op de gegrondheid van de twijfel met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van ing. [A] ten volle onderschrijft en tot de zijne maakt en dat de inhoud van de e-mail van 24 augustus 2018 van mr. Verheij aan mr. Spronken niet kan afdoen aan de conclusie van de voorzieningenrechter dat het rapport van Bouwdock voorshands onvoldoende basis biedt om uit te kunnen gaan van het bestaan en de omvang van de op dit rapport gebaseerde vorderingen. Een en ander betekent dat grief 1 en grief 2 falen.
- 3.6. De derde grief heeft betrekking op de door de voorzieningenrechter ten overvloede geformuleerde overweging dat, zelfs als [appellant] inderdaad een te hoog bedrag aan bouwtermijnen zou hebben betaald aan Mondo, deze enkele omstandigheid nog geen aansprakelijkheid van [geïntimeerde] in privé in het leven roept voor de terugbetaling ervan. [geïntimeerde] heeft in dit verband gesteld dat hij in het kader van het project [adres 2] na 3 september 2018 substantiële werkzaamheden heeft verricht tot een bedrag van 150.000,00, dat de totale (onder)aanneemsom overtreft en, anders dan in eerste aanleg, ter adstructie daarvan een Excel-sheet met bijbehorende facturen overgelegd, welke stelling door [appellant] bij gelegenheid van het pleidooi niet (gemotiveerd) is weersproken. Dit betekent, uitgaande van het door [appellant] zelf gestelde bedrag dat hij aan bouwtermijnen zou hebben betaald aan Mondo, dat voorshands niet aannemelijk is dat [appellant] een te hoog bedrag aan bouwtermijnen heeft betaald en dat grief 3 derhalve evenmin slaagt.

- 3.7. Met zijn vierde grief betoogt [appellant] dat de voorzieningenrechter ten onrechte geen overwegingen heeft gewijd aan de post kosten herstelwerkzaamheden [adres 2] ten bedrage van 15.000,00. Deze grief mist feitelijke grondslag, omdat de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.7 en 5.8 heeft overwogen, kort gezegd, dat de verschuldigdheid van onder meer die post is gebaseerd op het door Bouwdock uitgebrachte rapport en vervolgens heeft geoordeeld dat dit rapport voorshands onvoldoende basis biedt om uit te kunnen gaan van het bestaan en de omvang van de op dit rapport gebaseerde vorderingen. Ook grief 4 moet dus worden verworpen.
- 3.8. De vijfde grief strekt ertoe de door de voorzieningenrechter geschatte kosten van vervangende woonruimte voor de opdrachtgever van het project [adres 2] te verhogen door middel van de stelling dat inmiddels duidelijk is geworden dat twee extra maanden huur ten bedrage van 2.400,00 per maand zullen moeten worden betaald. [geïntimeerde] heeft ter zake als verweer gevoerd (zie memorie van antwoord onder 54) dat voor dit project aanzienlijk meerwerk is verricht dat niet bij de oorspronkelijke opdracht hoorde, waarop [appellant] niet meer heeft gereageerd. Daaruit concludeert het hof dat de gegrondheid van het meetellen van twee extra maanden huur voorshands onvoldoende aannemelijk is geworden en dat grief 5 reeds daarom faalt.
- 3.9. Met zijn zesde grief betoogt [appellant] dat partijen met betrekking tot de boetes inzake het project [adres 2] zijn overeengekomen dat [geïntimeerde] bij niet nakoming van de planning per gebeurtenis 1.700,00 is verschuldigd aan [appellant] en dat hij uit dien hoofde 3.400,00 extra te vorderen heeft omdat [geïntimeerde] het project niet op de overeengekomen datum heeft opgeleverd en ook de nadien overeengekomen planning niet is gehaald. Het hof overweegt dat [appellant] dit bedrag niet eerder heeft gevorderd en evenmin zijn eis op die grond heeft vermeerderd, zodat grief 6 reeds daarom niet kan slagen.
- 3.10. De zevende grief bestrijdt het oordeel (en de gronden waarop dit berust) van de voorzieningenrechter dat voorshands aannemelijk is dat de boete die beweerdelijk verbeurd is wegens te late oplevering van het project [adres 1] in een eventuele bodemprocedure zodanig zal worden gematigd dat bij wijze van voorschot daarop niet meer dan een bedrag van 50.000,00 kan worden toegewezen. Het hof onderschrijft de daarop betrekking hebbende rechtsoverweging (5.11) uit het vonnis waarvan beroep echter ten volle en maakt die tot de zijne. Voor zover [appellant] in dit verband heeft aangevoerd dat hij inmiddels veel meer schade heeft geleden en zal lijden dan waarvan de voorzieningenrechter is uitgegaan, heeft hij die stelling niet onderbouwd, zodat het hof deze passeert. Dit betekent dat grief 7 evenmin terecht is voorgesteld.
- 3.11. De slotsom luidt dat het appel faalt. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het geding in hoger beroep.

4 De beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [appellant] in de proceskosten van het geding in hoger beroep en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van [geïntimeerde] gevallen, op 1.684,00 voor verschotten, op 9.483,00 voor salaris advocaat en op 157,00 voor nasalaris van de advocaat, te vermeerderen met 82,00 voor nasalaris

en de kosten van het betekeningsexploit in geval betekening van dit arrest plaatsvindt, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente erover vanaf veertien dagen na betekening van dit arrest tot de dag der voldoening;

verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.C. Meijer, D.J. van der Kwaak en E.K. Veldhuijzen van Zanten en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 16 juli 2019.